

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Oriëntatiepunten strafftoemeting)

Borgers, M.J.

2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2011). *Case note: Hoge Raad (Oriëntatiepunten strafftoemeting)*, No. 411, Mar 29, 2011. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2011). <http://www.kluwer.nl:80/deepink/resolver.jsp?id=000B4BC53>

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

M.J. Borgers

1. Een zogeheten rechtersregeling kan als recht in de zin van artikel 79 Wet RO worden aangeduid, indien aan een aantal vereisten wordt voldaan. Het moet gaan om een regeling die *a.* is vastgesteld door het daartoe bevoegde orgaan, *b.* behoorlijk bekend is gemaakt en *c.* waarvan de voorschriften zich naar inhoud en strekking lenen voor toepassing als rechtsregels (zie het zogeheten rolrichtlijnen-arrest, HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 495 m.nt. HJS, en daarover uitvoerig Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 129-178 alsmede Vellinga-Schootstra, in: *Pet af (liber amicorum De Jong)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 507-512). De Hoge Raad maakt in de hierboven afgedrukte arresten wederom – zie eerder HR 3 december 2002, *NJ* 2003, 570 – duidelijk dat de oriëntatiepunten voor straftoemeting geen recht in de zin van artikel 79 Wet RO vormen, ‘reeds’ omdat aan de eerstgenoemde voorwaarde niet wordt voldaan. Het Landelijk Overleg van Voorzitters Strafsectoren (LOVS) is geen instantie die de bevoegdheid heeft rechters te binden voor wat betreft het gebruik dat rechters maken van de ruimte die de wet hen laat ten aanzien van de straftoemetingsbeslissing. In de rechtspraak van de Hoge Raad komt naar voren dat de bevoegdheid tot rechterlijke ‘zelfbinding’ bij de gerechten zelf ligt (vgl. onder andere HR 23 april 2004, *NJ* 2004, 350; zie ook mijn bijdrage in *DD* 2011, september-aflevering).

2. Men kan zich afvragen of de onbevoegdheid van het LOVS het sterkste argument betreft om de oriëntatiepunten niet als recht in de zin van artikel 79 Wet RO aan te merken. Ook al is het zonder meer waar dat de Wet RO het LOVS niet noemt en aan dit gremium dus ook – anders dan aan de gerechten – geen enkele bevoegdheid toekent op het vlak van het bevorderen van kwaliteit en rechtseenheid, juist waar het gaat om de oriëntatiepunten voor straftoemeting kan worden geconstateerd dat het LOVS een regeling heeft ontwikkeld die een breed draagvlak kent binnen de zittende magistratuur. Ook bestaat veel vertrouwen in de kennis en de kunde van het LOVS – en de daaronder fungerende commissie rechtseenheid – ten aanzien van het opstellen van de oriëntatiepunten. Dat blijkt uit het (empirische) onderzoek van Schoep & Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij de straftoemeting*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 53-55, 68-69. Zou men bij die stand van zaken niet mogen stellen dat, ook zonder formele betrokkenheid van de gerechten, (rechts-relevante) ‘zelfbinding’ door de zittende magistratuur heeft plaatsgevonden? Voor een dergelijke, meer materiële benadering wordt gepleit door I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Kluwer: Deventer 2007, p. 48-49. Maar het is duidelijk dat de Hoge Raad deze weg niet wil inslaan.

Een krachtiger argument – en de Hoge Raad zal dat, gelet op het woordje ‘reeds’, wellicht ook voor ogen hebben gehad – om de oriëntatiepunten niet als recht in de zin van artikel 79 Wet RO aan te merken, is dat deze zich naar inhoud en strekking niet lenen voor toepassing als rechtsregels. De oriëntatiepunten zijn, zo formuleert Vegter (*DD* 2009, p. 469) het, ‘niet veel meer, maar ook niet minder (...) dan een aanduiding van het gebruikelijke patroon van straftoemeting’. Anders gezegd: de oriëntatiepunten strekken tot een beschrijving van de bestaande straftoemetingspraktijk, niet tot normering daarvan. Op deze omschrijving valt nog wel iets af te dingen. Strikt genomen is van een daadwerkelijke aanduiding of beschrijving van die praktijk geen sprake. De straftoemetingspraktijk is immers tamelijk gevarieerd, waardoor voor een adequate beschrijving veeleer zou moeten worden

gewerkt met het weergeven van een bandbreedte in plaats van met gefixeerde uitgangspunten zoals die in de oriëntatiepunten worden gehanteerd. Ik meen dat het daarom juist is om te zeggen dat een oriëntatiepunt een uniform uitgangspunt van denken verschaft, waarbij dat uitgangspunt wordt gevormd door een binnen de bestaande praktijk gangbare, min of meer gemiddelde strafmaat, die echter nog wel op maat van het concrete geval moet worden gesneden. Zo bezien, kan worden gesteld dat de oriëntatiepunten niet uitsluitend een beschrijvende functie hebben, maar dat deze ook beogen te disciplineren. Dat disciplineren strekt ertoe dat in het raadkamerproces telkens aandacht wordt besteed aan het belang van consistente bestraffing door bij de bepaling van de strafmaat te vertrekken vanuit, of in elk geval acht te slaan op, het voor de te berechten casus relevante oriëntatiepunt. Disciplineren is evenwel iets anders dan normeren. De oriëntatiepunten beogen naar inhoud en strekking alleen enige sturing te geven aan de wijze waarop de vaststelling van de strafmaat wordt *aangevangen*, niet (zozeer) aan de uitkomst van dat proces. Dat is niet alleen een juridisch dogma. Het beschikbare (schaarse) empirisch onderzoek op dit terrein wijst erop dat rechters zich bij de straftoemeting richten op oriëntatiepunten, maar zich ook vrij voelen om daarvan af te wijken, met name indien de persoonlijke omstandigheden van de verdachte daartoe aanleiding geven. (Al- dus zeer kort samengevat de resultaten van het onderzoek van Boone & Korf naar de effecten van de 'Schipholrichtlijn' die in de hierboven afgedrukte zaken aan de orde is, gepubliceerd in *Tijdschrift voor Criminologie* 2010, p. 239-257.) Deze (overwegend) disciplinerende, en niet (zozeer) normerende werking vormt in mijn ogen de belangrijkste reden om de oriëntatiepunten niet als recht in de zin van artikel 79 Wet RO aan te merken.

3. Ook al zijn de oriëntatiepunten voor straftoemeting niet aan te merken als 'echte' rechtsregels, gegeven de mate waarin rechters bereid zijn om de oriëntatiepunten als vertrekpunt voor de straftoemeting te nemen, kan er alle reden voor de verdediging bestaan om op enigerlei wijze in te gaan op het voor de concrete zaak relevante oriëntatiepunt. Naar voren kan worden gebracht dat de strafmaat die een bepaald oriëntatiepunt weergeeft, passend is, of juist dat de omstandigheden van het geval aanleiding geven tot een afwijkende, lagere strafmaat, terwijl ook opmerkingen zouden kunnen worden gemaakt over de vraag welk oriëntatiepunt in het concrete geval in aanmerking zou moeten worden genomen. De Hoge Raad maakt duidelijk in het arrest *NJ* 2011, 410 dat de rechter, indien hij van een dergelijk verweer afwijkt, dit dient te motiveren, althans indien het verweer goed is uitgewerkt en (daarmee) voldoet aan de eisen die aan een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt worden gesteld. In deze zaak heeft het gerechtshof aangesloten bij 'categorie 2: standaard' van de oriëntatiepunten straftoemeting inzake drugskoerier en niet, zoals door de verdediging gemotiveerd was betoogd, bij 'categorie 1: pakezels'. Die afwijking had het gerechtshof moeten toelichten.

Het valt op dat de Hoge Raad in overweging 2.6 van dit arrest benadrukt dat het gerechtshof rekening heeft gehouden met de genoemde oriëntatiepunten. Dat betekent niet dat van een motiveeringsverplichting in relatie tot oriëntatiepunten voor straftoemeting eerst sprake is indien de rechter in de concrete zaak kenbaar maakt die oriëntatiepunten als referentiekader te hebben gehanteerd. Het gaat er bij de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv immers om dat de beslissing van de rechter (substantieel) afwijkt van de door de verdediging (of het openbaar ministerie) voorgestane beslissing. Die situatie kan zich ook voordoen indien, in weerwil van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt, de rechter op geen enkele wijze refereert aan de oriëntatiepunten voor straftoemeting of indien hij kenbaar maakt dat de concrete omstandigheden van het geval aanleiding geven tot een beduidend andere strafmaat dan in het relevante oriëntatiepunt tot vertrekpunt wordt genomen.

4. De koppeling van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv aan de oriëntatiepunten straftoemeting past goed bij de hiervoor besproken aard van die oriëntatiepunten. Gegeven het feit dat de oriëntatiepunten niet de uitkomst van het straftoemetingsproces dicteren, bestaat er onvoldoende aanleiding om van de rechter te verlangen dat hij het relevante oriëntatiepunt ambtshalve aan de orde stelt tijdens het onderzoek ter terechtzitting of om een hierop toegesneden ambtshalve strafmotivering te vergen. In de lagere rechtspraak wordt nauwelijks ambtshalve op de oriëntatiepunten ingegaan (vgl. daarover Schoep, *Trema Straftoemetingsbulletin* 2006, p. 13-16), terwijl de Hoge Raad ook niet daartoe strekkende eisen stelt (zie onder andere HR 10 november 2009, *NJ* 2009, 569 en HR 23 maart 2010, *NJ* 2010, 393 m.nt. P.A.M. Mevis). Van een tekortschietende ambtshalve strafmotivering zal hooguit sprake zijn indien de rechter zich wel beroept op een oriëntatiepunt, maar dat oriëntatiepunt evident onjuist of op onnavolgbare wijze toepast, zodat de strafmotivering onbegrijpelijk is (in die zin ook onderdeel 8 van de conclusie van A-G Knigge in de zaak *NJ* 2011, 410).

Het zou evenwel ook niet passend zijn om nimmer een motiveringsplicht aan te nemen in relatie tot de oriëntatiepunten. Deze zijn immers ook weer niet geheel vrijblijvend van karakter, nu deze fungeren als uitgangspunt van denken en in die vorm ook op een breed draagvlak binnen de zittende magistratuur mogen rekenen. Dat schept een zeker verwachtingspatroon. Bovendien kan een motiveringsplicht de disciplinerende werking versterken, met als (wenselijk en beoogd) gevolg dat strafmaatbeslissingen minder uiteenlopen. Daarop duidt in ieder geval de uitkomst van een experimenteel onderzoek van De Keijser en Van Koppen (zie hun bijdrage in *Het maatschappelijk oordeel van de strafrechter*, Den Haag: BJu 2004, p. 175-177). Men zou dus kunnen zeggen dat de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv hier een mooi compromis biedt, of anders gezegd dat de betekenis van de oriëntatiepunten voor de straftoemetingspraktijk het beste kan worden gearticuleerd door middel van die tweede volzin (in die zin ook Duker, *Trema Straftoemetingsbulletin* 2010, p. 28). Het is naar mijn mening ook alleszins billijk om te verlangen dat, wanneer het debat ter terechtzitting zich expliciet richt op de betekenis van een oriëntatiepunt voor de uitkomst van de betrokken zaak, de rechter zich bij verschil van inzicht uitlaat over die betekenis en daarmee over de reden voor het passeren van het ingenomen standpunt. Zonder dat de rechter tot een mathematische verantwoording van de straftoemetingsbeslissing behoeft te komen, kan de rechter ingaan op de toepasselijkheid van het oriëntatiepunt op het concrete geval, de wijze waarop (de omschrijving van) het oriëntatiepunt wordt geïnterpreteerd en/of de aanleiding om af te wijken van dan wel juist aan te knopen bij de strafmaat die aan het oriëntatiepunt is gekoppeld.

5. In de zaak *NJ* 2011, 411 komt in de kern de vraag aan de orde of er enige belemmering bestaat voor de rechter om, zonder overgangsvoorziening, te wisselen van referentiekader voor de straftoemetingsbeslissing. Het gaat hierbij specifiek om de bestrafing van drugskoeriers – vooral ‘bolletjes-slikkers’ – die op Schiphol arriveren en worden aangehouden. Met de toename van strafzaken tegen deze drugskoeriers, ten gevolge van de vrij onverwachte toename van drugstransporten een kleine tien jaar geleden en – in reactie daarop – de intensivering van de controles op Schiphol, ontstond onvrede onder de rechters die van doen hadden met deze drugskoeriers, over de toepassing van de toentertijd van kracht zijnde oriëntatiepunten voor straftoemeting. Die oriëntatiepunten zouden een te dominante rol spelen, waardoor teveel aandacht uitging naar de daarin gebezigde dadercategorieën en de hoeveelheid drugs, en te weinig naar de persoonlijke omstandigheden van de verdachte. Als gevolg daarvan is een ander, minder gedetailleerd en ook van een lagere strafmaat uitgaand richtsnoer voor Schipholzaken vastgesteld. Dit richtsnoer is toegepast vanaf 15 mei 2003, maar in november 2008 ter zijde geschoven door het gerechtshof Amsterdam. Sindsdien wordt voor Schip-

holzaken uitgegaan van de algemene, landelijke oriëntatiepunten van het LOVS voor Opiumwetzaaken. Die oriëntatiepunten zijn weer specifiek van aard omdat deze sterk zijn geënt op dadercategorieën en hoeveelheden, terwijl ook van een hogere strafmaat wordt uitgegaan dan in het op Schipholzaken toegesneden richtsnoer. (Zie nader omtrent het straftoemingsbeleid ten aanzien van de op Schiphol aangehouden drugkoeriers Boone, in: *Discretie in het strafrecht*, Den Haag: BJU 2004, p. 227-247 en Boone & Korf, *Tijdschrift voor Criminologie* 2010, p. 239-257.)

De inzet van de verdediging in deze zaak is daarmee duidelijk: het gerechtshof had in deze zaak niet mogen afwijken van het straftoemingsbeleid zoals dat ten tijde van het plegen van het strafbare feit in Schiphol-zaken werd gebezigd. Daarvoor wordt een beroep gedaan op artikel 7 lid 1 EVRM en artikel 15 lid 1 IVBPR. De Hoge Raad wijst deze klacht van de hand. Van de oplegging van een zwaardere straf dan die welke ten tijde van het begaan van het feit van toepassing was, is geen sprake, omdat de rechter is gebleven binnen het (onveranderde) wettelijke strafmaximum. De Hoge Raad wijst er daarbij op dat het Schiphol-richtsnoer en de LOVS-oriëntatiepunten niet de status van recht in de zin van artikel 79 Wet RO hebben, kennelijk om aldus duidelijk te maken dat ook anderszins de normering van de straftoemingsbeslissing niet is gewijzigd. A-G Knigge zet voorts helder uiteen dat in casu ook geen sprake is van een dusdanige ommezwaai in de straftoemingspraktijk dat gesproken zou kunnen worden van willekeurige bestraffing en daarmee van strijd met artikel 7 lid 1 EVRM.

Dat het gerechtshof ervoor heeft gekozen om het Schiphol-richtsnoer los te laten en de landelijke LOVS-oriëntatiepunten tot uitgangspunt te nemen, acht ik alleszins verdedigbaar. De situatie rondom de op Schiphol arriverende bolletjesslikkers is de laatste jaren genormaliseerd, zodat een specifiek daarop toegesneden straftoemingsbeleid niet langer valt te rechtvaardigen. Ook in meer algemene zin staat niets er aan in de weg dat de rechter op enig moment kritisch beoordeelt of het referentiekader waar hij zich aan heeft gebonden, nog wel voldoet, of dat er redenen zijn om dat referentiekader los te laten dan wel in te wisselen voor een ander kader. Dat de Hoge Raad een dergelijke bijstelling niet in strijd acht met enig wettelijk voorschrift of enige verdragsbepaling, komt mij eveneens juist voor.

Toch is het eindresultaat niet zonder meer bevredigend. Er heeft zich, hoe men het ook wendt of keert, immers een niet onbelangrijke wijziging voltrokken doordat voor een ander disciplinerend kader is gekozen. Die wijziging heeft nu nogal abrupt plaatsgevonden: met ingang van 4 november 2008. De keuze voor die datum lijkt te zijn ingegeven door een aanpassing die het LOVS op 31 oktober 2008 heeft doorgevoerd in de oriëntatiepunten ter zake van Opiumwetdelicten, waarmee de tot dan toe opgenomen uitzondering voor Schiphol-zaken is geschrapt. Niettemin rijst de vraag of de wijziging in het op Schiphol-zaken betrekking hebbende straftoemingsbeleid niet beter langs de lijnen van de geleidelijkheid had kunnen verlopen. Het gerechtshof had ook op enig moment kunnen constateren dat de zeggingskracht van de argumenten ten gunste van een afzonderlijk straftoemingsbeleid voor Schiphol-zaken is afgenomen en dat daarom zou moeten worden toegewerkt naar een benadering die (meer) in overeenstemming is met de landelijke oriëntatiepunten. Een dergelijke benadering zou niet alleen de voorzienbaarheid beter hebben gediend (dat wil zeggen: beter dan de 'algemene' voorzienbaarheid in de zin dat straftoemingsbeleid steeds kan wijzigen ten gevolge van veranderende maatschappelijke omstandigheden en inzichten, vgl. onderdeel 16 van de conclusie van A-G Knigge). Ook zou het gerechtshof zodoende een signaal hebben gegeven aan de betrokken rechtbank om tot een koerswijziging te komen, maar tegelijkertijd ruimte hebben gelaten om het tempo daarvan (mede) te bepalen. Ook andere mogelijkheden hadden kunnen worden toegepast, zoals het effectueren van de koerswijziging met ingang van een in de toekomst gelegen datum of

alleen ten aanzien van feiten die vanaf een bepaalde datum zijn begaan. De keuze voor één van deze mogelijkheden zou te prefereren zijn geweest. Want oriëntatiepunten (en daarmee vergelijkbare richtsnoeren) mogen dan geen recht in de zin van artikel 79 Wet RO zijn, een zorgvuldig straftoemingsbeleid vergt wel een zekere mate van voorspelbaarheid in de uitgangspunten die bij de straf-toemettingsbeslissing worden gehanteerd.